

DE

DE

DE

**MITTEILUNG DER KOMMISSION ÜBER DIE ANWENDUNG DER
VORSCHRIFTEN ÜBER STAATLICHE BEIHILFEN AUF DEN ÖFFENTLICH-
RECHTLICHEN RUNDfunk
(TEXT VON BEDEUTUNG FÜR DEN EWR)**

1. EINLEITUNG UND GELTUNGSBEREICH DER MITTEILUNG

1. Der Rundfunk hat im Laufe der letzten drei Jahrzehnte einen tiefgreifenden Wandel erfahren. Die Abschaffung von Monopolen, das Aufkommen neuer Anbieter und die rasante technologische Entwicklung haben das Wettbewerbsumfeld grundlegend verändert. Das Fernsehen war zunächst bestimmten Anbietern vorbehalten. Dabei handelte es sich vorwiegend um öffentlich-rechtliche Anstalten mit einer Monopolstellung, was in erster Linie auf die begrenzte Verfügbarkeit von Sendefrequenzen und die hohen Einstiegshürden zurückzuführen war.
2. In den 1970er Jahren gaben die wirtschaftlichen und technologischen Entwicklungen den Mitgliedstaaten dann zunehmend die Möglichkeit, weitere Betreiberlizenzen zu vergeben. Daher entschieden sich die Mitgliedstaaten zur Einführung von Wettbewerb auf dem Rundfunkmarkt. Dies hat für den Verbraucher zu einer größeren Auswahl in Form zahlreicher zusätzlicher Kanäle und neuer Dienste geführt, das Entstehen und Heranwachsen starker europäischer Veranstalter und die Entwicklung neuer Technologien begünstigt und den Pluralismus in diesem Sektor gestärkt, wobei die Bedeutung dieser Veränderungen über die reine Verfügbarkeit zusätzlicher Kanäle und Dienste hinausgeht. Wenngleich die Mitgliedstaaten den Markt für den Wettbewerb geöffnet haben, war ihnen doch gleichzeitig an der Erhaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gelegen, um eine flächendeckende Versorgung sowie die Befriedigung von Bedürfnissen und die Erreichung gesamtgesellschaftlicher Ziele zu gewährleisten, die ansonsten nicht zwangsläufig optimal erfüllt würden. Dies wurde in dem dem EG-Vertrag beigefügten Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (nachstehend „Protokoll von Amsterdam“ genannt) bestätigt.
3. Zugleich hat der zunehmende Wettbewerb bei gleichzeitiger Präsenz staatlich finanzierter Rundfunkanstalten auch dazu geführt, dass private Rundfunkveranstalter bei der Kommission verstärkt auf die Gewährleistung gerechter Rahmenbedingungen drängen. In den entsprechenden Beschwerden werden im Zusammenhang mit der staatlichen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten Verstöße gegen die Artikel 86 und 87 EG-Vertrag geltend gemacht.
4. In der 2001 veröffentlichten Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk¹ wurden erstmals die beihilferechtlichen Grundsätze für die staatliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dargelegt. Auf der Grundlage der Mitteilung von 2001 entwickelte die Kommission eine umfangreiche Entscheidungspraxis. Seit 2001 hat sie mehr als 20 Entscheidungen über die Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten erlassen.
5. In der Zwischenzeit haben der Rundfunkmarkt und der audiovisuelle Markt aufgrund technologischer Veränderungen einen grundlegenden Wandel erfahren. Es kam zu einer Vervielfältigung der Verbreitungsplattformen und Technologien, wie beispielsweise Digitalfernsehen, IPTV (Internet-Protokoll-Fernsehen), mobiles Fernsehen und Video auf Abruf. Das hat zu einer Belebung des Wettbewerbs durch

¹ ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5.

neue Marktteilnehmer wie Netzbetreiber und Internetfirmen geführt. Außerdem sind auf der Grundlage technologischer Entwicklungen neue Mediendienste wie Online-Informationendienste, nichtlineare Dienste und Dienste auf Abruf entstanden. Bei der Bereitstellung audiovisueller Dienste ist eine Konvergenzentwicklung zu beobachten, wobei die Verbraucher in zunehmendem Maße über eine Plattform bzw. über ein Gerät mehrere Dienste in Anspruch nehmen können und zu einem bestimmten Dienst immer häufiger über mehrere Plattformen bzw. Geräte Zugang haben. Mit der Zunahme der den Nutzern offenstehenden Möglichkeiten, auf Medieninhalte zuzugreifen, sind auch die audiovisuellen Dienste selbst vielfältiger geworden und es ist eine Fragmentierung der Nutzermärkte zu beobachten. Durch neue Technologien bieten sich den Nutzern bessere Beteiligungsmöglichkeiten. Das herkömmliche Modell des passiven Medienkonsums wandelt sich zunehmend in ein solches der aktiven Beteiligung der Nutzer und der Kontrolle über den Medieninhalt. Um den neuen Herausforderungen gewachsen zu sein, haben öffentliche und private Rundfunkveranstalter ihre Tätigkeitsfelder diversifiziert, neue Verbreitungsplattformen entwickelt und ihr Angebotsspektrum erweitert. In jüngster Zeit führte diese Diversifizierung der staatlich finanzierten Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (etwa durch Erweiterung um Online-Inhalte und Spartenprogramme) zu einer Reihe von Beschwerden anderer Marktteilnehmer, unter anderem auch von Verlegern.

6. Auch auf rechtlichem Gebiet ist es seit 2001 zu bedeutenden Entwicklungen mit Auswirkungen auf das Rundfunkwesen gekommen. Im Altmark-Urteil² von 2003 legte der Europäische Gerichtshof fest, unter welchen Voraussetzungen Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen keine staatliche Beihilfe darstellen. Im Jahr 2005 erließ die Kommission eine Entscheidung³ und einen Gemeinschaftsrahmen⁴ zu staatlichen Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden. 2007 verabschiedete die Kommission ein „Begleitdokument zu der Mitteilung ‚Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts‘ – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“⁵. Im Dezember 2007 trat ferner die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste⁶ in Kraft, mit der die EU-Rechtsvorschriften im audiovisuellen Bereich auf neue Mediendienste ausgeweitet werden.
7. Diese Veränderungen auf dem Markt und auf rechtlichem Gebiet haben eine Aktualisierung der Mitteilung von 2001 über Beihilfen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk erforderlich gemacht. Die Kommission kündigte in ihrem „Aktionsplan

² Urteil in der Rechtssache C-280/00, Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Slg. 2003, I-7747 („Altmark“).

³ Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67).

⁴ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. C 297 vom 29.11.2005, S. 4).

⁵ KOM(2007) 725 endg.

⁶ Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. L 332 vom 18. Dezember 2007, S. 27).

Staatliche Beihilfen“⁷ von 2005 an, sie werde „die Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk überarbeiten, da sich auf diesem Gebiet speziell infolge der Fortschritte in der Digitaltechnik und der Verbreitung von Internet-gestützten Leistungen neue Probleme in Bezug auf den Umfang des öffentlich-rechtlichen Auftrags ergeben haben.“

8. Seit 2008 hat die Kommission im Hinblick auf die Überarbeitung der Rundfunkmitteilung von 2001 mehrere öffentliche Konsultationen durchgeführt. Auf der Grundlage der im Rahmen dieser Konsultationen eingegangenen Stellungnahmen wird mit der vorliegenden Mitteilung die Entscheidungspraxis der Kommission auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen für künftige Zwecke konsolidiert. Außerdem wird unter Berücksichtigung der jüngsten Markt- und Rechtsentwicklungen erläutert, auf welche Grundsätze sich die Kommission bei der Anwendung von Artikel 87 und Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf die öffentliche Finanzierung audiovisueller Dienste im Rundfunksektor⁸ stützt. Die Anwendung der Binnenmarktvorschriften und der Grundfreiheiten im Rundfunksektor bleiben von dieser Mitteilung unberührt.

2. DIE ROLLE DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN RUNDFUNKS

9. Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk kommt zwar ohne Zweifel wirtschaftliche Bedeutung zu, doch er ist mit keiner öffentlichen Dienstleistung in irgendeinem anderen Wirtschaftszweig zu vergleichen. Keine andere Dienstleistung erreicht so weite Kreise der Bevölkerung, versorgt sie zugleich mit so vielen Informationen und Inhalten und verbreitet und beeinflusst dadurch sowohl die Ansichten Einzelner als auch die öffentliche Meinung.
10. Darüber hinaus wird der Rundfunk im Allgemeinen als sehr zuverlässige Informationsquelle wahrgenommen und stellt für einen beträchtlichen Teil der Bevölkerung die Hauptinformationsquelle dar. Er bereichert damit die öffentliche Diskussion und trägt letztendlich zu einer angemessenen Beteiligung aller Bürger am öffentlichen Leben bei. In diesem Zusammenhang sind gemäß dem allgemeinen Grundsatz der Meinungsfreiheit, der in Artikel 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁹ und in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz verbürgt ist, dessen Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Rundfunks von großer Bedeutung¹⁰.

⁷ KOM(2005) 107 endg.

⁸ Für die Zwecke dieser Mitteilung sind unter dem Begriff „audiovisuelle Dienste“ die lineare und/oder nichtlineare Verbreitung von Audioinhalten und/oder audiovisuellen Inhalten sowie verwandte Dienste wie textbasierte Online-Informationendienste zu verstehen. Es ist zwischen dem „audiovisuellen Dienst“ und dem enger gefassten Begriff des „audiovisuellen Mediendienstes“ zu unterscheiden, der in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste definiert ist.

⁹ ABl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1.

¹⁰ Urteil in der Rechtssache C-260/89, ERT/DEP, Slg. 1991, I-2925.

11. Die besondere Rolle öffentlich-rechtlicher Dienstleistungen¹¹ im Allgemeinen wird im EG-Vertrag anerkannt, insbesondere in Artikel 16 und Artikel 86 Absatz 2. Wie diese Bestimmungen in Anbetracht der Besonderheiten des Rundfunksektors auszulegen sind, geht aus dem Protokoll von Amsterdam hervor. Darin wird zunächst ausgeführt, dass „der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren“. Weiter heißt es: „Die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.“
12. Die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für das soziale, demokratische und kulturelle Leben in der Union wurde auch in der EntschlieÙung des Rates über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bekräftigt. Darin heißt es: „Der Zugang einer breiten Öffentlichkeit zu verschiedenen Kanälen und Diensten frei von jeglicher Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit ist eine Vorbedingung für die Erfüllung der besonderen Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.“ Darüber hinaus müsse der öffentlich-rechtliche Rundfunk „den technologischen Fortschritt“ nutzen, „der Öffentlichkeit die Vorteile der neuen audiovisuellen Dienste und Informationsdienste sowie der neuen Technologien nahe bringen“ und seine Tätigkeiten „im digitalen Zeitalter“ weiterentwickeln und diversifizieren. Schließlich müssten „die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten imstande sein, weiterhin ein großes Programmspektrum im Einklang mit ihrem von den Mitgliedstaaten definierten Auftrag bereitzustellen, um die Gesellschaft insgesamt anzusprechen; in diesem Zusammenhang ist es legitim, wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten danach streben, hohe Einschaltquoten zu erzielen“¹².
13. Die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Förderung der kulturellen Vielfalt wurde ferner 2005 in dem Übereinkommen der Unesco zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen anerkannt, das der Rat im Namen der Gemeinschaft angenommen hat, so dass es Teil des Gemeinschaftsrechts ist¹³. Demnach kann jede Vertragspartei Maßnahmen beschließen, „die auf den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen innerhalb ihres Hoheitsgebiets

¹¹ Für die Zwecke dieser Mitteilung und in Übereinstimmung mit Artikel 16 EG-Vertrag und der Erklärung (Nr. 13) zur Schlussakte von Amsterdam ist der Begriff „öffentlich-rechtlich“, wie er im Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten verwendet wird, auf den Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zu beziehen.

¹² EntschlieÙung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. C 30 vom 5.2.1999, S. 1).

¹³ Unesco-Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, angenommen mit dem Beschluss 2006/515/EG des Rates vom 18.5.2006. In Anhang 2 des Ratsbeschlusses heißt es: „Die Gemeinschaft ist [...] an das Übereinkommen gebunden und sorgt für dessen ordnungsgemäÙe Umsetzung.“

abzielen“. Dazu können auch Maßnahmen gehören, „die darauf abzielen, die Medienvielfalt zu erhöhen, und zwar auch durch den öffentlichen Rundfunk“¹⁴.

14. Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk kommt auch in dem sich rasch verändernden neuen Medienumfeld eine große Bedeutung zu. Dies wurde auch in den Empfehlungen des Europarates betreffend Medienpluralismus und die Vielfalt der Medieninhalte¹⁵ und betreffend den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Medien in der Informationsgesellschaft¹⁶ hervorgehoben. Nach der zweitgenannten Empfehlung sollten die Mitgliedstaaten des Europarates die öffentlich-rechtlichen Medien in transparenter und nachvollziehbarer Weise sichern und es ihnen ermöglichen, den Herausforderungen der Informationsgesellschaft unter Berücksichtigung der Dualität der elektronischen Medienlandschaft in Europa (öffentlich-rechtlich und privat) sowie von Markt- und Wettbewerbsfragen uneingeschränkt und wirksam zu begegnen.
15. Das Europäische Parlament empfiehlt in seiner EntschlieÙung zu Medienkonzentration und -pluralismus in der Europäischen Union, dass „die Vorschriften über staatliche Beihilfen so gestaltet und angewandt werden, dass die öffentlich-rechtlichen und Bürgermedien ihre Aufgabe in einem dynamischen Umfeld erfüllen können und gewährleistet wird, dass öffentlich-rechtliche Medien die Funktion wahrnehmen, die ihnen von den Mitgliedstaaten übertragen wurde, und zwar in transparenter und verantwortungsvoller Weise, wobei der Missbrauch öffentlicher Mittel aus Gründen der politischen oder wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit zu verhindern ist“¹⁷.
16. Ungeachtet der obigen Ausführungen muss berücksichtigt werden, dass auch kommerzielle Rundfunkveranstalter, von denen einige gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, einen erheblichen Beitrag zur Erreichung der Ziele des Protokolls von Amsterdam leisten: Sie helfen, den Pluralismus zu wahren, sie bereichern die kulturelle und politische Debatte und sie vergrößern die Programmauswahl. Zeitungsverlage und andere Printmedien sind außerdem ein wichtiger Garant für eine objektiv informierte Öffentlichkeit und für Demokratie. Da diese Anbieter jetzt mit Rundfunkveranstaltern im Internet im Wettbewerb stehen, sind alle diese kommerziellen Mediendienstleister von den potenziellen negativen Auswirkungen betroffen, die staatliche Beihilfen zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle haben können. In der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste¹⁸ heißt es dazu: „Der europäische Markt für audiovisuelle Mediendienste zeichnet sich durch die Koexistenz privater und öffentlich-rechtlicher Anbieter audiovisueller Mediendienste aus.“ Es liegt in der Tat im gemeinsamen Interesse, auch im derzeitigen dynamischen Medienumfeld ein

¹⁴ Artikel 6 Absatz 1 und Absatz 2 Buchstabe h des Unesco-Übereinkommens zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen.

¹⁵ Empfehlung CM/Rec(2007)2 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten betreffend Medienpluralismus und die Vielfalt der Medieninhalte, angenommen am 31. Januar 2007 beim 985. Treffen der Ständigen Vertreter.

¹⁶ Empfehlung CM/Rec(2007)3 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten betreffend den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Medien in der Informationsgesellschaft, angenommen am 31. Januar 2007 beim 985. Treffen der Ständigen Vertreter.

¹⁷ EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 25. September 2008 zu Medienkonzentration und -pluralismus in der Europäischen Union (2007/2253(INI)).

¹⁸ Vgl. Fußnote 6.

vielfältiges und ausgewogenes Medienangebot öffentlicher und privater Rundfunkveranstalter zu wahren.

3. RECHTLICHER RAHMEN

17. Bei der Anwendung der Beihilfenvorschriften auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist eine ganze Reihe von Faktoren zu berücksichtigen. Die Prüfung staatlicher Beihilfen erfolgt auf der Grundlage der in den Artikeln 87 und 88 EG-Vertrag niedergelegten Bestimmungen über staatliche Beihilfen und des Artikels 86 Absatz 2 über die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags und der Wettbewerbsregeln insbesondere auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Mit dem Vertrag von Maastricht wurden der Artikel 151 über die Kultur und der Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d über Beihilfen zur Förderung der Kultur in den EG-Vertrag aufgenommen. Mit dem Vertrag von Amsterdam wurden dann eine besondere Vorschrift (Artikel 16) über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und das Protokoll von Amsterdam über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten aufgenommen.
18. Der Regulierungsrahmen für „audiovisuelle Mediendienste“ wird auf europäischer Ebene durch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste koordiniert. Die Transparenzrichtlinie¹⁹ gibt die Anforderungen an die finanzielle Transparenz öffentlicher Unternehmen vor.
19. Diese Vorschriften werden durch den Gerichtshof und das Gericht erster Instanz ausgelegt. Außerdem hat die Kommission mehrere Mitteilungen über die Anwendung der Beihilfenvorschriften verabschiedet. So nahm sie im Jahr 2005 einen Gemeinschaftsrahmen²⁰ und eine Entscheidung²¹ bezüglich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an, in denen sie die Voraussetzungen von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag erläuterte, wobei die Entscheidung auch auf den Bereich des Rundfunks anwendbar ist, sofern die in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Entscheidung aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind²².

4. ANWENDBARKEIT VON ARTIKEL 87 ABSATZ 1 EG-VERTRAG

4.1. Beihilfecharakter der staatlichen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

20. Gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag liegt eine staatliche Beihilfe vor, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln, zweitens muss die Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu

¹⁹ Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006.

²⁰ Vgl. Fußnote 4.

²¹ Vgl. Fußnote 3.

²² Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Entscheidung gilt die Entscheidung für staatliche Beihilfen in Form von „Ausgleichszahlungen an Unternehmen, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten“.

beeinträchtigen, drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden und viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen²³. Das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe muss objektiv und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte geprüft werden.

21. Maßgebend für die Beurteilung der Frage, inwieweit es sich bei einer staatlichen Maßnahme um eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt, ist nicht deren Zweck, sondern deren Auswirkung. In der Regel werden öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten aus dem Staatshaushalt oder über eine von den Rundfunkteilnehmern zu entrichtende Gebühr finanziert. Unter bestimmten Umständen führt der Staat öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Kapital zu oder erlässt ihnen Schulden. Derartige finanzielle Maßnahmen sind in der Regel staatlichen Stellen zuzurechnen und gehen mit dem Transfer staatlicher Mittel einher²⁴.
22. Ferner ist generell davon auszugehen, dass die staatliche Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinflusst. Der Gerichtshof hat Folgendes festgestellt: „Wenn nämlich eine von einem Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel verstärkt, muss dieser als von der Beihilfe beeinflusst angesehen werden“²⁵. Dies gilt eindeutig für den – häufig international abgewickelten – Erwerb und Verkauf von Programmrechten. Auch die Werbung – im Falle derjenigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die Sendezeit für Werbung verkaufen dürfen – hat eine grenzüberschreitende Wirkung, vor allem in grenznahen Gebieten, in denen beiderseits der Grenze dieselbe Sprache gesprochen wird. Außerdem kann sich die Eigentumsstruktur kommerzieller Rundfunkveranstalter auf mehr als einen Mitgliedstaat erstrecken. Ferner haben die über das Internet bereitgestellten Dienste in der Regel eine globale Reichweite.
23. Bezüglich des Vorliegens eines Vorteils hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Altmark*²⁶ klargestellt, dass der Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen keine staatliche Beihilfe darstellt, sofern vier Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festzulegen. Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken. Wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl

²³ Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 „TV 2“, Randnr. 156.

²⁴ Zur Frage, inwiefern Rundfunkgebühren als staatliche Mittel anzusehen sind, siehe das Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 „TV 2“, Randnrn. 158 und 159.

²⁵ Rechtssache C-730/79, Philip Morris Holland/Kommission, Slg. 1980, 2671, Randnr. 11; Rechtssache C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Randnr. 27; Rechtssache C-156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, Randnr. 33.

²⁶ Rechtssache C-280/00, vgl. Fußnote 2.

desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist viertens die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das so angemessen ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der Verpflichtungen entstanden wären.

24. Erfüllt die Finanzierung diese Voraussetzungen nicht, so ist davon auszugehen, dass sie nur einzelne Rundfunkanstalten selektiv begünstigt und folglich den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

4.2. Art der Beihilfe: bestehende oder neue Beihilfe

25. Die Finanzierungsregelungen, die derzeit in den meisten Mitgliedstaaten bestehen, wurden vor langer Zeit eingeführt. Die Kommission hat deshalb zunächst zu prüfen, ob diese Regelungen als „bestehende Beihilfen“ im Sinne von Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag angesehen werden können. Dieser Absatz lautet: „Die Kommission überprüft fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegulungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern.“
26. Nach Artikel 1 Buchstabe b Ziffer i der Verfahrensverordnung²⁷ sind bestehende Beihilfen „alle Beihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags in dem entsprechenden Mitgliedstaat bestanden, also Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten des Vertrags eingeführt worden sind und auch nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind“.
27. Im Falle von Österreich, Finnland und Schweden gelten alle Beihilfemaßnahmen, die vor Inkrafttreten des EWR-Abkommens am 1. Januar 1994 in diesen Ländern eingeführt wurden, als bestehende Beihilfen. Im Falle der zehn Mitgliedstaaten, die der Europäischen Union 2004 beitraten (Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, die Slowakei, Slowenien, die Tschechische Republik, Ungarn und Zypern), sowie Bulgariens und Rumäniens, die 2007 beitraten, gelten all jene Maßnahmen als bestehende Beihilfen, die vor dem 10. Dezember 1994 eingeführt wurden, die auf der Liste im Anhang der jeweiligen Beitrittsakte stehen oder die im Rahmen des sogenannten Übergangsverfahrens genehmigt wurden.
28. Gemäß Artikel 1 Buchstabe b Ziffer v der Verfahrensverordnung sind bestehende Beihilfen auch „Beihilfen, die als bestehende Beihilfen gelten, weil nachgewiesen werden kann, dass sie zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eingeführt wurden, keine Beihilfe waren und später aufgrund der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu Beihilfen wurden, ohne dass sie eine Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat erfahren haben.“

²⁷ Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1).

29. Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes²⁸ muss die Kommission prüfen, ob der rechtliche Rahmen, in dem die Beihilfe gewährt wird, sich seit deren Einführung geändert hat. Angesichts all der Elemente, die für die Rundfunksysteme der einzelnen Mitgliedstaaten von Bedeutung sind, befürwortet die Kommission eine Einzelfallprüfung²⁹.
30. Gemäß dem Urteil in der Rechtssache *Gibraltar*³⁰ ist nicht jede geänderte bestehende Beihilfe als neue Beihilfe anzusehen. Das Gericht erster Instanz stellte fest: „Daher wird die ursprüngliche Regelung durch die Änderung nur dann in eine neue Beihilferegulation umgewandelt, wenn die Änderung sie in ihrem Kern betrifft. Um eine derartige wesentliche Änderung kann es sich jedoch nicht handeln, wenn sich das neue Element eindeutig von der ursprünglichen Regelung trennen lässt.“
31. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen prüft die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis im Allgemeinen, 1) ob es sich bei der ursprünglichen Finanzierungsregelung für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten um eine bestehende Beihilfe im Sinne der Randnummern 26 und 27 handelt, 2) ob spätere Änderungen die ursprüngliche Maßnahme in ihrem Kern betreffen (d. h. die Art des Vorteils oder die Finanzierungsquelle, das Ziel der Beihilfe, den Kreis der Begünstigten oder die Tätigkeitsbereiche der Begünstigten) oder ob es sich dabei um rein formale oder verwaltungstechnische Änderungen handelt und 3) ob sich die späteren Änderungen, sofern sie wesentlicher Natur sind, von der ursprünglichen Maßnahme trennen lassen, so dass sie getrennt beurteilt werden können, oder ob sie sich von der ursprünglichen Maßnahme nicht trennen lassen, so dass die ursprüngliche Maßnahme insgesamt zu einer neuen Beihilfe wird.

5. PRÜFUNG DER VEREINBARKEIT STAATLICHER BEIHILFEN MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT NACH ARTIKEL 87 ABSATZ 3 EG-VERTRAG

32. Wenngleich der Ausgleich für öffentlich-rechtlichen Rundfunk in der Regel nach Maßgabe von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag geprüft wird, können im Rundfunksektor grundsätzlich auch die in Artikel 87 Absatz 3 aufgeführten Freistellungsregelungen zur Anwendung kommen, sofern die betreffenden Voraussetzungen erfüllt sind.

²⁸ Rechtssache C-44/93, *Namur – Les Assurances du Crédit SA/Office National du Ducroire und belgischer Staat*, Slg. 1994, I-3829.

²⁹ Siehe beispielsweise die Entscheidungen der Kommission in den folgenden Beihilfesachen: E 8/2006 – Staatliche Beihilfe für die flämische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt VRT (ABl. C 143 vom 10.6.2008, S. 7), E 4/2005 – Staatliche Beihilfe für RTE und TNAG (TG4) (ABl. C 121 vom 17.5.2008, S. 5), E 9/2005 – Lizenzgebührenzahlungen an RAI (ABl. C 235 vom 23.9.2005, S. 3), E 10/2005 – Lizenzgebührenzahlungen an France 2 und 3 (ABl. C 240 vom 30.9.2005, S. 20), E 8/2005 – Spanische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt RTVE (ABl. C 239 vom 4.10.2006, S. 17), C 2/2004 – Ad-hoc-Finanzierung niederländischer öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (ABl. L 49 vom 22.2.2008, S. 1), C 60/1999 – Entscheidung der Kommission vom 10. Dezember 2003 über die staatlichen Beihilfen, die Frankreich zugunsten von France 2 und France 3 gewährt hat (ABl. L 361 vom 8.12.2004, S. 21), C 62/1999 – Entscheidung der Kommission vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat (ABl. L 119 vom 23.4.2004, S. 1), NN 88/1998 – Finanzierung eines 24-stündigen werbungsfreien Nachrichtenkanals unter Lizenz der BBC (ABl. C 78 vom 18.3.2000, S. 6) und NN 70/1998 – Staatliche Beihilfe für die öffentlichen Fernsehprogramme „Kinderkanal“ und „Phoenix“ (ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3).

³⁰ Verbundene Rechtssachen T-195/01 und T-207/01, Slg. 2002, II-2309.

33. Nach Artikel 151 Absatz 4 EG-Vertrag trägt die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen des Vertrags den kulturellen Aspekten Rechnung, insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen. Nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag kann die Kommission Beihilfen zur Förderung der Kultur als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ansehen, soweit diese die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.
34. Es ist Aufgabe der Kommission, über die tatsächliche Anwendung dieser Bestimmung ebenso zu entscheiden wie im Falle der übrigen Freistellungsbestimmungen in Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag. Hier sei daran erinnert, dass die Bestimmungen, die eine Freistellung vom Verbot staatlicher Beihilfen zulassen, strikt anzuwenden sind. Folglich kann nach Auffassung der Kommission die Freistellungsregelung für Maßnahmen zur Förderung der Kultur in Fällen zur Anwendung kommen, in denen das Kulturgut eindeutig identifiziert oder identifizierbar ist³¹. Außerdem ist der Kulturbegriff nach Ansicht der Kommission auf den Inhalt und die Art des fraglichen Produkts und nicht auf das Medium oder seine Verbreitung per se anzuwenden³². Ferner sind die bildungsbezogenen und demokratischen Bedürfnisse in einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag von der Förderung der Kultur abzugrenzen³³.
35. Bei staatlichen Beihilfen für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten wird für gewöhnlich nicht zwischen den kulturellen, demokratischen und bildungsbezogenen Bedürfnissen der Gesellschaft unterschieden. Außer wenn eine Finanzierungsmaßnahme ausschließlich der Förderung kultureller Ziele dient, kommt Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag im Allgemeinen nicht zum Tragen. Staatliche Beihilfen für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten werden in der Regel in Form eines Ausgleichs für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gewährt und auf der Grundlage von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag nach Maßgabe der in dieser Mitteilung dargelegten Kriterien geprüft.

6. PRÜFUNG DER VEREINBARKEIT STAATLICHER BEIHILFEN MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT NACH ARTIKEL 86 ABSATZ 2 EG-VERTRAG

36. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag lautet: „Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

³¹ Siehe u. a. die Entscheidungen der Kommission in den Sachen NN 88/1998 – Finanzierung eines 24-stündigen werbungsfreien Nachrichtenkanals unter Lizenz der BBC (ABl. C 78 vom 18.3.2000) und NN 70/1998 – Staatliche Beihilfe für die öffentlichen Fernsehprogramme „Kinderkanal“ und „Phoenix“ (ABl. C 238 vom 21.8.1999).

³² Siehe unter anderem die Entscheidung der Kommission in der Sache N 458/2004 – Staatliche Beihilfe an Espacio Editorial Andaluza Holding sl. (ABl. C 131 vom 29.5.2005).

³³ NN 70/1998 – Staatliche Beihilfe für die öffentlichen Fernsehprogramme „Kinderkanal“ und „Phoenix“ (ABl. C 238 vom 21.8.1999, S. 3).

37. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes handelt es sich bei Artikel 86 EG-Vertrag um eine Ausnahmeregelung, die restriktiv auszulegen ist. Dabei hat der Gerichtshof klargestellt, dass eine Maßnahme nur dann unter die Ausnahmeregelung fällt, wenn alle nachstehend genannten Voraussetzungen erfüllt sind:
- i) Die betreffende Dienstleistung muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und von dem Mitgliedstaat klar als solche definiert worden sein (Definition)³⁴;
 - ii) das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Erbringung dieser Dienstleistung betraut worden sein (Betrauung)³⁵;
 - iii) die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags (in diesem Fall des Beihilfenverbots) muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben verhindern und die Freistellung von diesen Vorschriften darf die Entwicklung des Handels nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (Verhältnismäßigkeit)³⁶.
38. Im besonderen Fall des öffentlich-rechtlichen Rundfunks muss das oben dargelegte Vorgehen mit Blick auf die Auslegungsbestimmungen des Protokolls von Amsterdam angepasst werden, wonach der öffentlich-rechtliche Auftrag „von den Mitgliedstaaten [...] übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird“ (Definition und Betrauung) und bei der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insoweit von den Bestimmungen des EG-Vertrags abgewichen werden kann, wie „die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag [...] dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt [werden], das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist“ (Verhältnismäßigkeit).
39. Es ist an der Kommission als Hüterin des EG-Vertrags, auf der Grundlage der von den Mitgliedstaaten bereitgestellten Informationen zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Im Zusammenhang mit der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags ist es die Rolle der Kommission, sie auf offensichtliche Fehler zu prüfen (siehe Abschnitt 6.1). Außerdem prüft die Kommission, ob eine ausdrückliche Betrauung vorliegt und die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen wirksam kontrolliert wird (siehe Abschnitt 6.2).
40. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht die Kommission, ob eine durch den Ausgleich für die Erbringung öffentlich-rechtlicher Dienstleistungen hervorgerufene Wettbewerbsverzerrung damit gerechtfertigt werden kann, dass die öffentlich-rechtliche Dienstleistung erbracht und die dafür erforderlichen Finanzmittel bereitgestellt werden müssen. Die Kommission prüft, vor allem auf der Grundlage der von den Mitgliedstaaten vorzulegenden Informationen, ob mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist, dass unverhältnismäßigen Auswirkungen der öffentlichen Finanzierung, Überkompensierung und Quersubventionierung vorgebeugt wird und

³⁴ Urteil in der Rechtssache 172/80, Züchner, Slg. 1981, 2021.

³⁵ Urteil in der Rechtssache C-242/95, GT-Link, Slg. 1997, 4449.

³⁶ Urteil in der Rechtssache C-159/94, EDF und GDF, Slg. 1997, I-5815.

dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei ihren kommerziellen Tätigkeiten die Marktbedingungen einhalten (siehe Abschnitte 6.3 ff.).

41. Bei der Analyse der Einhaltung der Beihilfenvorschriften muss den Gegebenheiten des jeweiligen einzelstaatlichen Systems Rechnung getragen werden. Die Kommission ist sich bewusst, dass sich die einzelstaatlichen Medienmärkte unter anderem hinsichtlich der jeweiligen Rundfunksysteme unterscheiden. Daher erfolgt die Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten mit dem Gemeinsamen Markt nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag – wie von der Kommission bereits praktiziert³⁷ – gemäß den in den folgenden Abschnitten dargelegten Grundsätzen auf Einzelfallbasis.
42. Die Kommission wird auch den etwaigen Schwierigkeiten mancher kleinerer Mitgliedstaaten Rechnung tragen, die notwendigen Mittel zu beschaffen, wenn die Kosten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks pro Einwohner unter ansonsten gleichen Bedingungen höher sind³⁸, dabei aber auch die etwaigen Anliegen anderer Medien in diesen Mitgliedstaaten berücksichtigen.

6.1. Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags

43. Im Hinblick auf die Erfüllung der unter Randnummer 37 Ziffer i aufgeführten Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag ist eine förmliche Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich. Erst wenn eine solche Definition vorliegt, kann die Kommission mit der notwendigen Rechtssicherheit über die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag entscheiden.
44. Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags fällt in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die ihre Entscheidung nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung auf gesamtstaatlicher, regionaler oder lokaler Ebene treffen können. Ganz allgemein muss bei der Ausübung dieser Zuständigkeit dem gemeinschaftsrechtlichen Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ Rechnung getragen werden.
45. Der öffentlich-rechtliche Auftrag sollte von den Mitgliedstaaten so genau wie möglich definiert werden. Aus der Definition sollte unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit des betrauten Anbieters in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht. Wenn die der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt auferlegten Verpflichtungen nicht klar und genau festgelegt sind,

³⁷ Siehe beispielsweise die Entscheidungen der Kommission in den folgenden Beihilfesachen aus jüngerer Zeit: E 8/2006 – Staatliche Beihilfe für die flämische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt VRT (ABl. C 143 vom 10.6.2008, S. 7), E 4/2005 – Staatliche Beihilfe für RTE und TNAG (TG4) (ABl. C 121 vom 17.5.2008, S. 5), E 3/2005 – Finanzierung des öffentlichen Rundfunks in Deutschland (ABl. C 185 vom 8.8.2007, S. 1), E 9/2005 – Lizenzgebührenezahlungen an RAI (ABl. C 235 vom 23.9.2005, S. 3), E 10/2005 – Lizenzgebührenezahlungen an France 2 und 3 (ABl. C 240 vom 30.9.2005, S. 20), E 8/2005 – Spanische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt RTVE (ABl. C 239 vom 4.10.2006, S. 17), C 2/2004 – Ad-hoc-Finanzierung niederländischer öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (ABl. L 49 vom 22.2.2008, S. 1).

³⁸ Ähnliche Probleme können bei öffentlich-rechtlichen Programmen auftreten, die sich an sprachliche Minderheiten richten oder auf lokale Bedürfnisse zugeschnitten sind.

kann die Kommission ihre Aufgaben nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag nicht erfüllen und somit keine Freistellung auf dieser Grundlage gewähren.

46. Eine klare Festlegung der unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallenden Tätigkeiten ist auch wichtig, damit die privaten Anbieter ihre Tätigkeiten planen können. Der öffentlich-rechtliche Auftrag sollte zudem auch deshalb genau genug definiert sein, damit die Behörden der Mitgliedstaaten – wie im folgenden Abschnitt beschrieben – seine Erfüllung wirksam kontrollieren können.
47. Angesichts der Besonderheiten des Rundfunksektors und der Notwendigkeit zum Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erscheint es gleichzeitig unter Berücksichtigung der Auslegungsbestimmungen des Protokolls von Amsterdam im Allgemeinen legitim, eine qualitative Auftragsbestimmung als von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gedeckt anzusehen, der zufolge die betreffende Rundfunkanstalt mit der Aufgabe betraut wird, ein großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Programm zu bieten³⁹. Eine solche Definition wird im Allgemeinen als mit dem Ziel, die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse einer bestimmten Gesellschaft zu befriedigen und den Pluralismus, einschließlich der kulturellen und sprachlichen Vielfalt, zu wahren, im Einklang stehend erachtet. Wie das Gericht erster Instanz festgestellt hat, beruht die Rechtfertigung eines derart weit gefassten öffentlich-rechtlichen Auftrags auf den qualitativen Anforderungen, die an die Dienstleistungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gestellt werden⁴⁰. Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags kann auch der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter Rechnung tragen und audiovisuelle Dienste umfassen, die über jegliche Verbreitungsplattformen bereitgestellt werden.
48. Im Zusammenhang mit der Definition der öffentlich-rechtlichen Dienstleistung im Rundfunksektor beschränkt sich die Rolle der Kommission darauf, sie auf offensichtliche Fehler zu prüfen. Die Kommission hat weder zu entscheiden, welche Programme als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzubieten und zu finanzieren sind, noch Art oder Qualität eines bestimmten Produkts in Frage zu stellen. Ein offensichtlicher Fehler in der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags liegt vor, wenn dieser Tätigkeiten umfasst, bei denen realistischerweise nicht davon auszugehen ist, dass sie – mit den Worten des Protokolls von Amsterdam – der Befriedigung der „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft“ dienen. In der Regel ist dies unter anderem bei Werbung, elektronischem Handel, Teleshopping, der Verwendung von Mehrwert-Telefonnummern für Gewinnspiele⁴¹, Sponsoring und Merchandising der Fall. Ein

³⁹ Urteil in der Rechtssache T-442/03, SIC/Kommission, Slg. 2008, Randnr. 201, Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 „TV 2“, Randnrn. 122 bis 124.

⁴⁰ Diese qualitativen Kriterien sind nach Auffassung des Gerichts erster Instanz „nämlich in der nationalen audiovisuellen Landschaft die Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. Es gibt „keinen Grund dafür, dass eine weit definierte Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des Rundfunks, für die von der Einhaltung dieser qualitativen Anforderungen abgesehen wird zugunsten eines Verhaltens eines kommerziellen Betreibers, [...] vom Staat weiterhin [...] finanziert wird [...]“ (T-442/03, SIC/Kommission, Randnr. 211).

⁴¹ Zur Qualifizierung von Gewinnspielen, bei denen Mehrwert-Telefonnummern gewählt werden müssen, als „Teleshopping“ oder „Fernsehwerbung“ nach der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste siehe das Urteil des Gerichtshofes vom 18. Oktober 2007 in der Rechtssache C-195/06, KommAustria/ORF.

offensichtlicher Fehler liegt möglicherweise auch vor, wenn staatliche Beihilfen zur Finanzierung von Tätigkeiten verwendet werden, die nicht insofern einen Mehrwert bieten, als sie zur Erfüllung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft beitragen.

49. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag die der Öffentlichkeit im allgemeinen Interesse angebotenen Dienste beschreibt. Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags darf nicht mit der für die Bereitstellung der Dienste gewählten Finanzierungsregelung verwechselt werden. So dürfen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten zwar kommerziellen Tätigkeiten nachgehen, um Einnahmen zu erzielen (z. B. Verkauf von Sendezeit für Werbung), doch sind diese Tätigkeiten nicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags anzusehen⁴².

6.2. Betrauung und Kontrolle

50. Damit die Ausnahmeregelung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag Anwendung finden kann, sollten ein oder mehrere Unternehmen, z. B. durch einen Rechtsakt, einen Vertrag oder eine bindende Aufgabenbeschreibung, förmlich mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag betraut werden.
51. Dieser Betrauungsakt bzw. diese Betrauungsakte müssen eine genaue Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Einklang mit Abschnitt 6.1, die Voraussetzungen für die Gewährung des Ausgleichs sowie Bestimmungen zur Vermeidung von Überkompensierung und zur Rückzahlung entsprechender Beträge enthalten.
52. Bei jeder Ausdehnung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf neue Dienste sollten die Definition und der/die Betrauungsakt(e) innerhalb der von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gesetzten Grenzen entsprechend angepasst werden. Um es öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu ermöglichen, rasch auf neue technologische Entwicklungen zu reagieren, können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Betrauung mit einer neuen Dienstleistung durch die in Abschnitt 6.7 dargelegte Prüfung erfolgt und der ursprüngliche Betrauungsakt erst später förmlich konsolidiert wird.
53. Es reicht jedoch nicht aus, die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt förmlich mit der Erbringung einer genau definierten öffentlich-rechtlichen Dienstleistung zu betrauen. Die öffentlich-rechtliche Dienstleistung muss auch tatsächlich so erbracht werden, wie dies in der förmlichen Vereinbarung zwischen dem Staat und dem betrauten Unternehmen vorgesehen ist. Daher ist es wünschenswert, dass eine geeignete Behörde oder benannte Stelle die Einhaltung der Vereinbarung transparent und wirksam kontrolliert. Dass eine solche geeignete Behörde oder Stelle zur Kontrolle notwendig ist, zeigt sich im Falle der Qualitätsstandards, die dem betrauten Anbieter auferlegt werden. Gemäß der Mitteilung der Kommission über die Grundsätze und Leitlinien für die audiovisuelle Politik der Gemeinschaft im digitalen Zeitalter⁴³ ist es nicht Sache der Kommission, über die Einhaltung von Qualitätsstandards zu urteilen: sie muss sich darauf verlassen können, dass die Mitgliedstaaten die Erfüllung des

⁴² Siehe Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 „TV 2“, Randnrn. 107 und 108.

⁴³ KOM(1999) 657 endg., Abschnitt 3 Nummer 6.

öffentlich-rechtlichen Auftrags einschließlich der darin dargelegten qualitativen Kriterien durch die Rundfunkanstalten angemessen beaufsichtigen⁴⁴.

54. Im Einklang mit dem Protokoll von Amsterdam liegt es in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, einen Mechanismus zur Sicherstellung einer wirksamen Kontrolle der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu wählen, so dass die Kommission ihre Aufgaben nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag erfüllen kann. Eine wirksame Kontrolle dürfte nur von einem Gremium gewährleistet werden können, das effektiv von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig ist und über die erforderlichen Befugnisse sowie die notwendigen Kapazitäten und Ressourcen verfügt, um eine regelmäßige Kontrolle vorzunehmen, und das nötigenfalls zur Gewährleistung der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen geeignete Abhilfemaßnahmen veranlasst.
55. Ohne ausreichende, verlässliche Anhaltspunkte dafür, dass die öffentlich-rechtliche Dienstleistung tatsächlich gemäß der Definition erbracht wird, kann die Kommission ihre Aufgaben nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag nicht erfüllen und somit keine Freistellung auf dieser Grundlage gewähren.

6.3. Wahl des Systems zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

56. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen können quantitativer und/oder qualitativer Art sein. Unabhängig von ihrer Form können sie einen Ausgleich rechtfertigen, sofern sie Mehrkosten verursachen, die der Rundfunkanstalt normalerweise nicht entstanden wären.
57. Die Finanzierungssysteme können in zwei Kategorien unterteilt werden: „Einzelfinanzierung“ und „Mischfinanzierung“. Im Falle der „Einzelfinanzierung“ wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk ausschließlich aus öffentlichen Mitteln gleich welcher Form finanziert. Die „Mischfinanzierung“ umfasst ein breites Spektrum von Systemen, bei denen der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch eine Kombination von staatlichen Mitteln und Einnahmen aus kommerziellen Tätigkeiten und Tätigkeiten aufgrund des öffentlich-rechtlichen Auftrags (nachstehend auch „öffentlich-rechtliche Tätigkeiten“ genannt), beispielsweise dem Verkauf von Sendezeit für Werbung oder von Sendungen oder der Bereitstellung von Dienstleistungen gegen Entgelt, finanziert wird.
58. Dem Protokoll von Amsterdam zufolge berühren „die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [...] nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren [...]“. Die Kommission hat daher keine grundsätzlichen Einwände gegen die Wahl einer Mischfinanzierung anstelle einer Einzelfinanzierung.
59. Die Mitgliedstaaten können die Form der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks frei wählen, doch die Kommission muss sich nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vergewissern, dass – wie unter Randnummer 38 dargelegt – die staatliche Finanzierung den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht unverhältnismäßig stark beeinträchtigt.

⁴⁴ Siehe Urteil in der Rechtssache T-442/03, SIC/Kommission, Slg. 2008, Randnr. 212.

6.4. Transparenzanforderungen bei der Prüfung der staatlichen Beihilfe

60. Damit die Kommission die beihilferechtliche Prüfung durchführen kann, müssen eine klare und genaue Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags und eine klare und angemessene Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten und sonstigen Tätigkeiten einschließlich klar getrennter Buchführung vorliegen.
61. Die getrennte Buchführung für öffentlich-rechtliche und sonstige Tätigkeiten ist in der Regel bereits auf einzelstaatlicher Ebene vorgeschrieben, da bei der Verwendung öffentlicher Mittel die Transparenzanforderungen und die Rechenschaftspflicht erfüllt werden müssen. Die getrennte Buchführung ermöglicht es, mutmaßliche Quersubventionierungen zu prüfen und zulässige Ausgleichszahlungen für die Erfüllung von Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu rechtfertigen. Nur auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Zuweisung der Kosten und Einnahmen lässt sich feststellen, ob sich die öffentliche Finanzierung tatsächlich auf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beschränkt und damit nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag und dem Protokoll von Amsterdam zulässig ist.
62. Nach der Richtlinie 2006/111/EG müssen die Mitgliedstaaten bei allen Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt wurden oder die mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind und in diesem Zusammenhang einen irgendwie gearteten Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erhalten und gleichzeitig auch Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausüben, Transparenzmaßnahmen treffen, durch die gewährleistet wird, dass: a) die internen Konten, die den verschiedenen Geschäftsbereichen, d. h. öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten und sonstigen Tätigkeiten, entsprechen, getrennt geführt werden, b) alle Kosten und Erlöse auf der Grundlage einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze korrekt zugeordnet und zugewiesen werden und c) die Kostenrechnungsgrundsätze, die der getrennten Buchführung zugrunde liegen, eindeutig bestimmt sind⁴⁵.
63. Diese allgemeinen Transparenzanforderungen gelten auch für Rundfunkveranstalter, soweit diese mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, in diesem Zusammenhang öffentliche Ausgleichszahlungen erhalten und gleichzeitig auch Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausüben.
64. Im Rundfunksektor stellt die getrennte Buchführung auf der Einnahmenseite keine besondere Schwierigkeit dar. Nach Auffassung der Kommission sollten die Rundfunkveranstalter deshalb auf der Einnahmenseite Herkunft und Höhe aller Einnahmen aus öffentlich-rechtlichen und sonstigen Tätigkeiten genau angeben.
65. Auf der Ausgabenseite dürfen alle Kosten, die bei der Erbringung öffentlich-rechtlicher Dienstleistungen entstanden sind, ausgewiesen werden. Übt das Unternehmen auch Tätigkeiten aus, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen, so dürfen nur diejenigen Kosten ausgewiesen werden, die mit öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten im Zusammenhang stehen. Die Kommission räumt ein, dass

⁴⁵ Artikel 4 der Richtlinie 2006/111/EG.

sich die getrennte Buchführung im Rundfunksektor auf der Ausgabenseite als schwieriger erweisen kann. Denn insbesondere im Bereich des herkömmlichen Rundfunks dürfen die Mitgliedstaaten das gesamte Programmangebot der Rundfunkanstalten in den öffentlich-rechtlichen Auftrag einbeziehen und gleichzeitig seine kommerzielle Nutzung gestatten. Mit anderen Worten können öffentlich-rechtliche und sonstige Tätigkeiten zu einem großen Teil auf denselben Inputs beruhen und die Kosten lassen sich möglicherweise nicht in jedem Fall angemessen trennen.

66. Kosten, die ausschließlich im Zusammenhang mit Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags entstanden sind (z. B. Marketingkosten im Zusammenhang mit Werbung), sollten stets klar als solche gekennzeichnet und getrennt ausgewiesen werden. Input-Kosten für die gleichzeitige Entwicklung von Tätigkeiten innerhalb und außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags sollten darüber hinaus verhältnismäßig gemäß ihrem jeweiligen Anteil den Tätigkeiten innerhalb und außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags zugewiesen werden, sofern dies in aussagekräftiger Art und Weise möglich ist.
67. Werden in anderen Fällen ein und dieselben Ressourcen sowohl für öffentlich-rechtliche als auch für sonstige Tätigkeiten eingesetzt, sollten die gemeinsamen Input-Kosten anhand der Differenz zwischen den Gesamtkosten des Unternehmens mit den und ohne die sonstigen Tätigkeiten zugewiesen werden⁴⁶. In solchen Fällen müssen Kosten, die in voller Höhe den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten zuzurechnen sind, gleichzeitig jedoch Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags zugute kommen, nicht zwischen diesen beiden Tätigkeiten aufgeteilt werden, sondern können in voller Höhe der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit zugewiesen werden. Diese Abweichung von den üblichen Gepflogenheiten in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge geht auf die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunksektors zurück. Im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks müssen bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus kommerziellen Tätigkeiten, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen, berücksichtigt werden, so dass für die Erbringung der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen ein geringerer Ausgleich zu zahlen ist. Dadurch verringert sich die Gefahr einer Quersubventionierung, die vorliegt, wenn gemeinsame Kosten öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten zugewiesen werden.
68. Als gängigstes Beispiel für die unter der vorstehenden Randnummer beschriebene Situation sind die Kosten für die Produktion von Programmen im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags der Rundfunkanstalt anzuführen. Die Programme dienen sowohl der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags als auch der Gewinnung von Zuschauern im Hinblick auf den Verkauf von Sendezeit für Werbung. Es ist jedoch praktisch unmöglich, mit hinreichender Genauigkeit zu ermitteln, welcher Anteil der Programme der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und welcher Anteil der Generierung von Werbeeinnahmen dient. Daher besteht die Gefahr, dass die Aufteilung der Programmkosten auf die beiden Tätigkeiten willkürlich erfolgt und nicht aussagekräftig ist.

⁴⁶ Zu diesem Zweck ist von der Hypothese auszugehen, dass die nicht dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuzuordnenden Tätigkeiten eingestellt werden. Der so eingesparte Betrag stellt die gemeinsamen Kosten dar, die den Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags zuzuweisen sind.

69. Nach Auffassung der Kommission kann die finanzielle Transparenz durch eine angemessene Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten und sonstigen Tätigkeiten auf Ebene der Organisation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt weiter erhöht werden. Eine funktionale oder strukturelle Trennung macht es in der Regel einfacher, die Quersubventionierung kommerzieller Tätigkeiten von vornherein auszuschließen und Verrechnungspreise sowie die Einhaltung des Grundsatzes des Fremdvergleichs (Arm's Length Principle) zu gewährleisten. Daher ruft die Kommission die Mitgliedstaaten auf, eine funktionale oder strukturelle Trennung erheblicher und abtrennbarer kommerzieller Tätigkeiten als vorbildliches Verfahren in Erwägung zu ziehen.

6.5. Nettokostenprinzip und Überkompensierung

70. Da eine Überkompensierung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht erforderlich ist, stellt eine Überkompensierung grundsätzlich eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe dar, die gemäß den in diesem Abschnitt enthaltenen Ausführungen zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk an den Staat zurückzuzahlen ist.
71. Die Kommission geht davon aus, dass das Unternehmen die staatliche Finanzierung in der Regel benötigt, um seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen zu können. Um der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu genügen, darf jedoch der Betrag der öffentlichen Ausgleichszahlung grundsätzlich die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer direkter oder indirekter Einnahmen aus diesem Auftrag nicht übersteigen. Daher werden bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus allen kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen.
72. Unternehmen, die für die Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags einen Ausgleich erhalten, dürfen in der Regel einen angemessenen Gewinn erzielen. Dieser Gewinn besteht in einem Eigenkapitalrenditesatz, der sich aus den von dem Unternehmen getragenen bzw. nicht getragenen Risiken ergibt. Im Rundfunksektor wird der öffentlich-rechtliche Auftrag meist von Rundfunkanstalten erfüllt, die nicht gewinnorientiert sind bzw. keine Kapitalrendite erzielen müssen und die keine Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausführen. Nach Auffassung der Kommission ist es in einer solchen Situation nicht angemessen, in den Ausgleich für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ein Gewinnelement einzubeziehen⁴⁷. In anderen Fällen jedoch, beispielsweise wenn kommerziell geführte Unternehmen, die eine Kapitalrendite erzielen müssen, mit besonderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut werden, kann ein Gewinnelement, das eine faire Kapitalrendite unter Berücksichtigung des Risikos gewährleistet, als angemessen betrachtet werden, sofern dies hinreichend gerechtfertigt wird und das Gewinnelement für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlich ist.

⁴⁷ Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürfen jedoch selbstverständlich mit kommerziellen Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags Gewinne erzielen.

73. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten dürfen über die Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen hinausgehende jährliche Überkompensierungen (in Form von „Rücklagen für öffentlich-rechtliche Dienstleistungen“) in dem Maße einbehalten, wie dies für die Sicherung der Finanzierung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlich ist. Die Kommission ist im Allgemeinen der Auffassung, dass es als erforderlich angesehen werden kann, einen Betrag von bis zu 10 % der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben einzubehalten, um Kosten- und Einnahmenschwankungen auffangen zu können. Darüber hinausgehende Überkompensierungen sind in der Regel ohne unangemessene Verzögerung zurückzufordern.
74. Nur in hinreichend begründeten Ausnahmefällen darf öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gestattet werden, Beträge einzubehalten, die 10 % der im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben übersteigen. Dies ist nur dann zulässig, wenn diese Überkompensierung vorab verbindlich für einen bestimmten Zweck vorgemerkt wird, bei dem es sich um eine nicht wiederkehrende, erhebliche Ausgabe handeln muss, die für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist⁴⁸. Zudem sollte die Verwendung einer derartigen klar vorgemerkten Überkompensierung abhängig von ihrem Verwendungszweck befristet werden.
75. Damit die Kommission ihre Aufgaben erfüllen kann, haben die Mitgliedstaaten die Bedingungen, zu denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die obengenannten Überkompensierungen verwenden dürfen, festzulegen.
76. Die vorstehend angeführten Überkompensierungen dürfen ausschließlich für die Finanzierung öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten verwendet werden. Eine Quersubventionierung kommerzieller Tätigkeiten ist nicht gerechtfertigt und stellt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe dar.

6.6. Finanzaufsichtsmechanismen

77. Die Mitgliedstaaten haben geeignete Mechanismen einzurichten, um sicherzustellen, dass es vorbehaltlich der Randnummern 72 bis 76 nicht zu einer Überkompensierung kommt. Sie haben eine regelmäßige und wirksame Aufsicht über die Verwendung der öffentlichen Finanzmittel zu gewährleisten, um Überkompensierung und Quersubventionierung auszuschließen sowie Höhe und Verwendung der „Rücklagen für öffentlich-rechtliche Dienstleistungen“ zu kontrollieren. Es liegt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die für ihr einzelstaatliches Rundfunksystem am besten geeigneten und wirksamsten Aufsichtsmechanismen zu wählen und dabei auch für Kohärenz mit den bestehenden Mechanismen zur Kontrolle der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu sorgen.
78. Die Kontrolle dürfte nur wirksam sein, wenn sie regelmäßig (vorzugsweise jährlich) von einer externen Stelle durchgeführt wird, die von der öffentlich-rechtlichen

⁴⁸ Solche besonderen Rücklagen können für umfangreiche technologische Investitionen (etwa im Rahmen der Digitalisierung) gerechtfertigt sein, die für einen bestimmten Zeitpunkt vorgesehen und für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich sind, oder für umfangreiche Umstrukturierungsmaßnahmen, die für die Gewährleistung des ununterbrochenen Betriebs einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt in einem klar begrenzten Zeitraum erforderlich sind.

Rundfunkanstalt unabhängig ist. Die Mitgliedstaaten haben dafür Sorge zu tragen, dass wirksame Maßnahmen ergriffen werden können, um Überkompensierungen, die nicht durch die Bestimmungen des Abschnitts 6.5 abgedeckt sind, und Quersubventionen zurückzufordern.

79. Die finanzielle Lage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sollte zum Ende jedes Finanzierungszeitraums, wie in den Rundfunksystemen der Mitgliedstaaten vorgesehen, bzw. ersatzweise eines Zeitraums, der in der Regel nicht mehr als vier Jahre betragen sollte, eingehend geprüft werden. Am Ende eines Finanzierungszeitraums oder eines entsprechenden Zeitraums bestehende „Rücklagen für öffentlich-rechtliche Dienstleistungen“ sind bei der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt für den folgenden Zeitraum zu berücksichtigen. Werden wiederholt „Rücklagen für öffentlich-rechtliche Dienstleistungen“ in Höhe von mehr als 10 % der jährlichen Kosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen gebildet, so hat der jeweilige Mitgliedstaat zu prüfen, ob der Umfang der bereitgestellten Mittel dem tatsächlichen Finanzbedarf der betreffenden öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt entspricht.

6.7. Diversifizierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkdienstleistungen

80. In den vergangenen Jahren haben die audiovisuellen Märkte einen tiefgreifenden Wandel erfahren, der mit einer kontinuierlichen Entwicklung und Diversifizierung des Rundfunkangebots einherging. Diese Entwicklung hat die Frage aufgeworfen, inwiefern die Beihilfavorschriften auch auf audiovisuelle Dienste anwendbar sind, die über herkömmliche Rundfunktätigkeiten hinausgehen.
81. Diesbezüglich ist die Kommission der Ansicht, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Lage sein sollten, die Möglichkeiten, die sich im Zuge der Digitalisierung und der Diversifizierung der Verbreitungsplattformen bieten, nach dem Grundsatz der Technologieneutralität zum Wohle der Gesellschaft zu nutzen. Damit die fundamentale Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in dem neuen, digitalen Umfeld gesichert wird, dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten staatliche Beihilfen einsetzen, um über neue Verbreitungsplattformen audiovisuelle Dienste bereitzustellen, die sich an die allgemeine Öffentlichkeit oder an Gruppen mit besonderen Interessen richten, sofern diese Dienste den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft dienen und keine unverhältnismäßigen und bei der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags vermeidbaren Auswirkungen auf den Markt haben.
82. Im Zuge der raschen Entwicklung der Rundfunkmärkte verändern sich auch die Geschäftsmodelle der Rundfunkveranstalter. Die Rundfunkveranstalter nutzen bei der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags in zunehmendem Maße neue Finanzierungsquellen wie Online-Werbung und die Bereitstellung von Diensten gegen Bezahlung (sogenannte Bezahldienste wie Zugang zu Archiven gegen Entgelt, Spartenprogramme auf Pay-per-View-Basis, Zugang zu Mobilfunkdiensten gegen ein Pauschalentgelt, zeitversetzter Zugang zu Fernsehsendungen oder Herunterladen von Online-Inhalten gegen Entgelt usw.). Das Vergütungselement entgeltpflichtiger Dienste kann beispielsweise mit der Zahlung von Netzwerkentgelten oder Urheberrechtsgebühren durch die Rundfunkveranstalter im Zusammenhang stehen (etwa wenn Dienste über Mobilfunkplattformen gegen Zahlung eines entsprechenden Netzwerkentgelts bereitgestellt werden).

83. Wenngleich öffentlich-rechtliche Rundfunkdienstleistungen bislang traditionell frei empfangbar gewesen sind, vertritt die Kommission die Auffassung, dass sich ein mit solchen Diensten verbundenes direktes Entgelt zwar auf den Zugang der Zuschauer auswirkt⁴⁹, jedoch nicht notwendigerweise ausschließt, dass die entsprechenden Dienste unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen, sofern das Entgeltelement nicht die besondere Charakteristik des öffentlich-rechtlichen Dienstes in Frage stellt, die in der Befriedigung sozialer, demokratischer und kultureller Bedürfnisse der Gesellschaft besteht und durch die sich der öffentlich-rechtliche Dienst von rein kommerziellen Tätigkeiten unterscheidet⁵⁰. Das Entgeltelement ist einer der Faktoren, die bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Dienst in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufgenommen werden kann, zu berücksichtigen sind, weil es die Universalität und die allgemeine Gestaltung des Dienstes sowie dessen Auswirkungen auf den Markt beeinflussen kann. Sofern ein Dienst mit Entgeltelement die Befriedigung bestimmter sozialer, demokratischer und kultureller Bedürfnisse der Gesellschaft ermöglicht und keine unverhältnismäßigen Auswirkungen auf den Wettbewerb oder den grenzüberschreitenden Handel hat, dürfen die Mitgliedstaaten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags mit einem solchen Dienst betrauen.
84. Wie oben dargelegt, dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten staatliche Beihilfen für die Bereitstellung audiovisueller Dienste über alle Plattformen verwenden, sofern die maßgeblichen Anforderungen des Protokolls von Amsterdam erfüllt sind. In diesem Zusammenhang müssen die Mitgliedstaaten im Wege eines vorherigen Beurteilungsverfahrens, das sich auf eine offene öffentliche Konsultation stützt, prüfen, ob von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geplante wesentliche neue audiovisuelle Dienste die Anforderungen des Protokolls von Amsterdam erfüllen und somit den sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, und dabei auch die potenziellen Auswirkungen auf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen angemessen berücksichtigen.
85. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der Besonderheiten und der Entwicklung des Rundfunkmarkts sowie des Spektrums der bereits von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt angebotenen Dienste festzulegen, was unter einem „wesentlichen neuen Dienst“ zu verstehen ist. Ob ein Dienst „neu“ ist, kann unter anderem von dem bereitgestellten Inhalt und von der Art der Nutzung abhängen⁵¹. Für

⁴⁹ Der Europarat führte in seiner Empfehlung betreffend den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Medien in der Informationsgesellschaft aus, dass die Mitgliedstaaten unter angemessener Berücksichtigung von Markt- und Wettbewerbsaspekten zusätzliche Finanzierungslösungen in Erwägung ziehen dürfen. So dürften sie insbesondere im Falle neuer, personalisierter Diensten erwägen, den öffentlich-rechtlichen Medien die Erhebung von Entgelten zu gestatten. Diese Lösungen dürften jedoch nicht dem Grundsatz der Universalität der öffentlich-rechtlichen Medien zuwiderlaufen oder zu einer unterschiedlichen Behandlung verschiedener Gesellschaftsgruppen führen. Bei der Entwicklung neuer Finanzierungssysteme sollten die Mitgliedstaaten die Art der im Interesse der Öffentlichkeit und im gemeinsamen Interesse bereitgestellten Inhalte angemessen berücksichtigen.

⁵⁰ Die Kommission ist beispielsweise der Ansicht, dass die Bereitstellung eines speziellen Premiuminhalteangebots gegen direkte Bezahlung vonseiten der Nutzer in der Regel als kommerzielle Tätigkeit zu betrachten ist. Durch die Erhebung eines reinen Übertragungsentgelts für die Übermittlung eines ausgewogenen und abwechslungsreichen Programms über neue Plattformen wie Mobilgeräte wird ein Angebot hingegen nach Auffassung der Kommission nicht zu einer kommerziellen Tätigkeit.

⁵¹ So ist die Kommission beispielsweise der Ansicht, dass einige lineare Übertragungsformen, etwa die gleichzeitige Übertragung der abendlichen Fernsehnachrichten über andere Plattformen (wie Internet oder Mobilgeräte) für die Zwecke dieser Mitteilung als nicht „neu“ einzustufen sind. Ob andere Formen

die Beurteilung des „wesentlichen“ Charakters des Dienstes können beispielsweise der Umfang der für dessen Entwicklung erforderlichen finanziellen Aufwendungen und die zu erwartenden Auswirkungen auf die Nachfrage herangezogen werden. Wesentliche Veränderungen bestehender Dienste sind derselben Prüfung zu unterziehen wie wesentliche neue Dienste.

86. Es liegt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der Besonderheiten ihres Rundfunksystems und der Notwendigkeit zum Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten jenen Mechanismus zu wählen, der die Vereinbarkeit audiovisueller Dienste mit den maßgeblichen Kriterien des Protokolls von Amsterdam am besten sicherstellt.
87. Um Transparenz zu gewährleisten und alle für eine fundierte und ausgewogene Entscheidung erforderlichen Informationen zu erhalten, ist betroffenen Akteuren die Möglichkeit einzuräumen, im Rahmen einer offenen Konsultation zu den geplanten wesentlichen neuen Diensten Stellung zu nehmen. Das Ergebnis der Konsultation, die anschließende Bewertung sowie die Gründe für die Entscheidung sind öffentlich zugänglich zu machen.
88. Um sicherzustellen, dass die öffentliche Finanzierung wesentlicher neuer audiovisueller Dienste den Handel und den Wettbewerb nicht in einem Ausmaß verzerrt, das dem gemeinsamem Interesse zuwiderläuft, haben die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Ergebnisse der offenen Konsultation die Gesamtauswirkungen neuer Dienste auf den Markt zu untersuchen, indem sie die Situation bei Bestehen des geplanten neuen Dienstes mit der Situation ohne ihn vergleichen. Im Rahmen der Prüfung der Auswirkungen auf den Markt sind beispielsweise folgende Aspekte zu untersuchen: das Vorhandensein ähnlicher bzw. substituierbarer Angebote, der publizistische Wettbewerb, die Marktstruktur, die Marktstellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, der Grad des Wettbewerbs und die potenziellen Auswirkungen auf private Initiativen. Die Auswirkungen müssen gegen den Wert abgewogen werden, den die betreffenden Dienste für die Gesellschaft haben. Sind die Auswirkungen auf den Markt überwiegend nachteilig, so dürfte eine staatliche Finanzierung zugunsten der audiovisuellen Dienste nur dann verhältnismäßig sein, wenn sie durch den Mehrwert, der sich aus der Erfüllung sozialer, demokratischer und kultureller Bedürfnisse der Gesellschaft ergibt, gerechtfertigt ist⁵², wobei auch das gesamte bestehende öffentlich-rechtliche Angebot zu berücksichtigen ist.
89. Diese Prüfung kann nur dann objektiv sein, wenn sie von einer Stelle durchgeführt wird, die effektiv von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt unabhängig ist, und zwar auch bezüglich der Ernennung und Absetzung ihrer Mitglieder, und die mit den für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Kapazitäten und Ressourcen ausgestattet ist. Die Mitgliedstaaten können ein Verfahren entwickeln, das mit Blick auf die Marktgröße und die Marktstellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt angemessen ist.

der erneuten Übertragung von Programmen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten über andere Plattformen als wesentliche neue Dienste anzusehen sind, sollten die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Besonderheiten und Merkmale der betreffenden Dienste entscheiden.

⁵² Zur Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des Rundfunks siehe auch Fußnote 40.

90. Die vorstehenden Ausführungen hindern die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht daran, neue, innovative Dienste (etwa in Form von Pilotprojekten) in (zum Beispiel zeitlich und bezüglich des Nutzerkreises) begrenztem Umfang auszuprobieren, um Informationen über die Machbarkeit und den Mehrwert eines geplanten Dienstes zu sammeln, sofern die Testphase nicht der Einführung eines vollwertigen wesentlichen neuen audiovisuellen Dienstes gleichkommt.
91. Nach Auffassung der Kommission wird die oben dargelegte Prüfung auf einzelstaatlicher Ebene zur Sicherstellung der Vereinbarkeit mit den Beihilfavorschriften der Gemeinschaft beitragen. Dies gilt unbeschadet der Befugnis der Kommission zu prüfen, ob die Mitgliedstaaten die Bestimmungen des EG-Vertrags einhalten, sowie unbeschadet ihres Rechts, nötigenfalls, etwa aufgrund von Beschwerden oder von Amts wegen, tätig zu werden.

6.8. Verhältnismäßigkeit und Marktverhalten

92. Gemäß dem Protokoll von Amsterdam dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten keine Tätigkeiten nachgehen, die unverhältnismäßige und nicht zwingend mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags einhergehende Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen würden. Beispielsweise wird der Erwerb von Premiuminhalten im Rahmen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Auftrags einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt in der Regel als zulässig angesehen. Hält hingegen eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt ausschließliche Premiumrechte, ohne sie zu nutzen und ohne sie rechtzeitig und in transparenter Weise in Sublizenzierung anzubieten, so hat dies unverhältnismäßige Marktverzerrungen zur Folge. Daher fordert die Kommission die Mitgliedstaaten auf sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch mit Blick auf den Erwerb von Premiumrechten einhalten, und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Regeln für die Sublizenzierung ungenutzter ausschließlicher Premiumrechte vorzugeben.
93. Bei der Ausübung kommerzieller Tätigkeiten haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Marktprinzipien einzuhalten und wenn sie über kommerzielle Tochtergesellschaften tätig sind, müssen sie diesen gegenüber den Grundsatz des Fremdvergleichs (Arm's Length Principle) einhalten. Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Grundsatz des Fremdvergleichs einhalten, kommerzielle Investitionen im Einklang mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vornehmen und nicht mithilfe öffentlicher Mittel zulasten ihrer Wettbewerber wettbewerbschädliche Praktiken anwenden.
94. Als Beispiel für solche wettbewerbschädlichen Praktiken ist Preisunterbietung zu nennen. So könnte eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt versucht sein, die Preise für Werbung oder andere Tätigkeiten, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen (wie kommerzielle entgeltpflichtige Dienste), unter ein Niveau zu drücken, das vernünftigerweise als marktüblich angesehen werden kann, um so die Einnahmen von Wettbewerbern zu schmälern, sofern der daraus resultierende Einnahmeverlust durch die öffentlichen Ausgleichszahlungen kompensiert wird. Ein solches Verhalten kann nicht mit dem der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt erteilten öffentlich-rechtlichen Auftrag gerechtfertigt werden und würde in jedem Fall „die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union [...] in einem Ausmaß

beeinträchtigt[en], das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft,“ und somit einen Verstoß gegen das Protokoll von Amsterdam darstellen.

95. Angesichts der unterschiedlichen Marktsituationen sind die Einhaltung der Marktprinzipien durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und insbesondere die Frage, ob öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten bei ihrem kommerziellen Angebot Preise unterbieten oder ob sie mit Blick auf den Erwerb von Premiumrechten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalten⁵³, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der betreffenden Märkte und Dienste im Einzelfall zu prüfen.
96. Nach Auffassung der Kommission ist es in erster Linie an den einzelstaatlichen Behörden sicherzustellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Marktprinzipien einhalten. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten geeignete Mechanismen einzurichten, anhand deren etwaige Beschwerden auf einzelstaatlicher Ebene wirksam geprüft werden können.
97. Unbeschadet der Bestimmungen der vorstehenden Randnummer kann die Kommission nötigenfalls auf der Grundlage der Artikel 81, 82, 86 und 87 EG-Vertrag tätig werden.

7. ZEITLICHE BEGRENZUNG DER ANWENDUNG

98. Diese Mitteilung gilt ab dem Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union*. Sie ersetzt die 2001 veröffentlichte Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk⁵⁴.
99. Die Kommission wird diese Mitteilung auf alle angemeldeten Beihilfemaßnahmen anwenden, über die sie nach Veröffentlichung der Mitteilung im *Amtsblatt* zu entscheiden hat, selbst wenn die betreffende Maßnahme vor diesem Datum angemeldet wurde.
100. Gemäß der Bekanntmachung der Kommission über die zur Beurteilung unrechtmäßiger staatlicher Beihilfen anzuwendenden Regeln⁵⁵ wird die Kommission im Falle nicht angemeldeter Beihilfen jeweils folgende Mitteilung anwenden:
 - a) diese Mitteilung, wenn die Beihilfe nach Veröffentlichung der Mitteilung gewährt wurde;
 - b) die Mitteilung von 2001 in allen anderen Fällen.

⁵³ Von Belang könnte beispielsweise die Frage sein, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten systematisch und in einem Maße überhöhte Gebote für Premiumprogrammrechte abgeben, das über die Erfordernisse des öffentlich-rechtlichen Auftrags hinausgeht und zu unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt führt.

⁵⁴ ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5.

⁵⁵ ABl. C 119 vom 22.5.2002, S. 22.